

DOCTRINA

La evolución de los fundamentos de las penas y el surgimiento de políticas actuariales basadas en la sociedad del riesgo

The evolution of the fundamentals of punishment and the rise of actuarial policies on a society based on risk

JAIZA SÂMARA DE ARAÚJO ALVES*

RESUMEN: Este artículo busca analizar la evolución de los fines de la pena, tratando los cambios que ocurrieron al largo de los siglos XVII a XXI. Inicialmente, la pena será tratada solamente como finalidad del castigo. En segundo lugar, serán analizadas las teorías de la prevención en sus aspectos generales (intimidación e integración) y especiales (evitar la reincidencia y estimular la resocialización). Se revisa también el efecto que tuvo la rotura del Welfare State, en la década del 70 del siglo pasado, y el avance de la criminalidad, por el cual comenzaron a surgir determinadas políticas que tienen la finalidad de seleccionar individuos para que sean punidos, siendo estas políticas destinadas a formar una sociedad basada en el riesgo.

PALABRAS CLAVES: Finalidades de las penas; Políticas actuariales; Sociedad del riesgo.

*Doctoranda en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires. Especialista en Derecho Penal y Procesal Penal, Centro Universitario UNISEB. Especialista en Psicología Jurídica, Facultad de Ciencias Aplicadas y Sociales de Petrolina (FACAPE). Especialista en Derecho Empresarial, Universidad Regional del Cariri (URCA). Profesora de los cursos de Derecho de la Facultad de Ciencias Aplicadas y Sociales de Petrolina (FACAPE) y Universidad de la Provincia de Bahía (UNEB). Abogada. Correo electrónico: jaiza.samara@facape.br

ABSTRACT: This article aims to analyze the evolution of the purposes of punishment, dealing with the changes that occurred over the centuries XVII to XXI. First, the penalty will be analyzed only as a purpose of the punishment. Secondly, the theories of prevention will be analyzed in their general aspects (intimidation and integration) and special aspects (prevent the recidivism and encourage resocialization). The effects of the breakage of the Welfare State, in the 70's of the last century, and the spread of crime will also be examined, given that it began to emerge certain policies designed to select individuals to be punished, aiming such policies to develop a society based on risk.

KEY WORDS: Purposes of punishment; Actuarial policies; Risk society.

INTRODUCCIÓN

La idea de la pena está íntimamente relacionada con la idea de Estado, siendo a su vez, que el desarrollo de esta institución está directamente relacionado a la pena.¹ Debe observarse que, en realidad, el castigo variaba de acuerdo con el modo de producción que era adoptado en una determinada época. Según Michel Foucault:

«En esta línea, Rusche y Kirchheimer han puesto en relación los diferentes regímenes punitivos con los sistemas de producción de los que toman sus efectos; así en una economía servil los mecanismos punitivos tendrían el cometido de aportar una mano de obra suplementaria, y de constituir una esclavitud “civil” al lado de la que mantienen las guerras o el comercio; con el feudalismo, y en una época en que la moneda y la producción están poco desarrolladas, se asistía a un brusco aumento de los castigos corporales, por ser el cuerpo en la mayoría de los casos el único bien accesible, y el correccional —el Hospital general, el Spinhuis o el Rasphuis—, el trabajo obligado, la manufactura penal, aparecerían con el desarrollo de la economía mercantil. Pero al exigir el sistema industrial un mercado libre de la mano de obra, la parte del trabajo obligatorio hubo de disminuir en el siglo XIX en los mecanismos de castigo, sustituida por una detención con fines correctivos».²

¹. César Bitencourt, *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 13ª Ed. (São Paulo: Saraiva, 2008), 80.

². Michael Foucault, *Vigilar y Castigar – Nacimiento de la prisión*. 1ª Ed. (Buenos Aires: Siglo XXI, 2002), 25.

Hasta el final de la Edad Media, el castigo servía no solamente como una forma de sanción a quien había cometido un crimen. Antes de todo, la pena era vista como una forma de punir a alguien por haber afectado al Estado. Es decir, cualquier crimen, independientemente del bien jurídico violado, representaba una afrenta personal al príncipe, y de esta forma, el criminal debía ser sancionado de forma eficaz. Además, cuánto más público el escarnio y el sufrimiento del condenado, más grande sería el respeto al soberano del pueblo. Al respecto, Foucault:

«El castigo no puede, por lo tanto, identificarse ni aun ajustarse a la reparación del daño; debe siempre existir en el castigo una parte, al menos, que es la del príncipe; e incluso cuando se combina ésta con la reparación prevista, constituye el elemento más importante de la liquidación penal del delito. Ahora bien, esta parte del príncipe, en sí misma, no es simple: por un lado, implica la reparación del daño que se ha hecho a su reino, del desorden instaurado, del ejemplo dado, perjuicio considerable y sin común medida con el que se ha cometido respecto de un particular; pero implica también que el rey procura la venganza de una afrenta que ha sido hecha a su persona».³

Así, inicialmente, la pena tenía como fundamento⁴ el castigo del delincuente para que pagase, no solamente por el crimen que había practicado, sino sobre todo, por haber afrentado a la figura real. Es decir, desacatar las leyes significaba afrentar al rey y este era representante de la ley, del Estado y hasta del mismo Dios. En un Estado Absolutista, dominó la teoría absoluta o de la retribución, para la cual la pena debe ser utilizada solamente para castigar el delincuente.

³. Ibid., 46.

⁴. Rivera Beiras afirma que «Cuando se habla del problema de legitimación de la pena, se plantea el siguiente interrogante: ¿cuál es el fundamento del castigo penal? En cambio, cuando se alude al tema de las funciones de la pena, la pregunta que surge es: ¿cuál es la finalidad del castigo penal? En torno a la primera de las cuestiones planteadas, existen dos grandes grupos de teorías que han intentado dar respuesta al interrogante relativo al fundamento del castigo penal. Un primero grupo está constituido por las llamadas teorías absolutas de la pena, las cuales conciben a ésta como un fin en sí misma. Un segundo grupo se halla compuesto por las denominadas teorías relativas de la pena, las cuales consideran a ésta solo como “un medio” para la realización del fin utilitario de prevención de futuros delitos». Iñaki Rivera, *La Cuestión Carcelaria*. Tomo I, 2ª Ed. (Buenos Aires: Del Puerto, 2009), 4

Posteriormente, con el cambio en la estructura del Estado debido a las ideas de la Ilustración -que propició también el cambio de modos de producción-, los fundamentos de las penas evolucionaron. Así, de un mero castigo, las penas pasaron a tener la finalidad de prevenir la práctica delictiva. Con eso, surgen las teorías utilitaristas o de la prevención, en sus aspectos generales, que miran a la sociedad, y especiales, que tienen por finalidad al delincuente y sus características personales. La teoría de la prevención general se divide en negativa y positiva. Lo mismo ocurre con la teoría de la prevención especial.

Por lo tanto, las teorías absolutas y preventivas funcionaron en un determinado período, de acuerdo con el modelo sociopolítico adoptado por el Estado. Sobre esta materia, Luigi Ferrajoli, citando a Séneca, afirma que las justificaciones de la teoría absoluta son del tipo *quia peccatum*, puesto que hacen referencia al pasado; mientras que las justificaciones de las segundas teorías, al contrario, son *ne peccetur*, o sea, hacen referencia al futuro.⁵

Sin embargo, aunque existan otras maneras de control social, el Estado continúa utilizando la pena como el modo más eficaz de este control, sancionando a todos aquellos que realicen conductas definidas como infracciones penales.

Pero, en la realidad, ¿cuál es el fundamento de las penas?

En Brasil, la pena, según el artículo 59 del Código Penal⁶⁷ posee las finalidades de retribución y prevención, alcanzando esta última la prevención de los delitos en su ámbito general y especial, que abarquen aspectos negativos y positivos.

⁵. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. 3ª Ed. ZOMER SICA, Ana Paula et al. (trad.), (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010), 236.

⁶. Decreto-lei 2.848 Código Penal brasileño. Publicado en el Diario Oficial, 07 de diciembre de 1940.

⁷. El artículo 59 del Código Penal brasileño señala que el juez, atendiendo a la culpabilidad, a los antecedentes, a la conducta social, a la personalidad del agente, a los motivos, a las circunstancias y consecuencias del crimen, así como al comportamiento de la víctima, establecerá conforme sea necesario y suficiente a la reprobación y prevención del crimen. (Redacción dada por la Ley 7.209, de 11 de Julio de 1984).

Pero, actualmente, dado el avance de la criminalidad, los Estados están buscando mecanismos represivos que intentan controlar los altos índices de los crímenes y, así, se está retornando a la idea de que la pena tiene como única finalidad castigar el delincuente que practique delitos.

TEORÍAS ABSOLUTAS O DE LA RETRIBUCIÓN

El fundamento de la pena debe ser analizado según la estructura política y económica adoptada por un Estado en una determinada época.

Las teorías absolutas o retribucionistas surgieron durante la época del Estado Absolutista, en que todo el poder estaba centrado en las manos del rey. Este tenía el poder sobre la vida y la muerte de sus súbditos y nadie podría rechazar los dictámenes reales. Las palabras de Luis XIV, de Francia, «*L'État c'est moi*»: «El Estado soy yo», traducen de forma elocuente lo que significaba ser un monarca durante el período absolutista.

Así, cuando alguien cometía un delito, el rey, representante de la ley y del Estado, debía sancionarlo, imponiendo al agente un castigo por el crimen que había cometido.

De este modo, según las teorías absolutas, es justo transformar el mal en otro mal,⁸ vinculando esta teoría con las venganzas de sangre, presentes en los ordenamientos primitivos (el Código de Hammurabi, la Biblia, el Torá), que se basaban en el Talión.⁹ Incluso, las teorías retributivas están basadas en tres principios fundamentales de características religiosas: la venganza, la expiación,¹⁰ y el reequilibrio entre la pena y el delito.¹¹ Cabe hacer notar que a fines de la Edad Media, cuando se desarrolló el Estado Absolutista, la religión aún tenía una gran

⁸. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...*, 236.

⁹. *Ibid.*

¹⁰. Para Rivera Beiras, la expiación consistía en «a) borrar culpas, purificándose de ellas por medio de alguno sacrificio; b) tratándose de un delito o falta, sufrir el delincuente la pena impuesta por los tribunales; c) padecer trabajos como consecuencia de desaciertos o de malos precedentes; d) purificar una cosa profanada, como un templo, etc.». Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 06.

¹¹. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...*, 237.

influencia en el Estado, y en consecuencia, en la determinación y aplicación de las penas.

Por lo tanto, para las teorías retributivas, la pena es vista solamente como un castigo, pues el agente desobedeció las normas impuestas por el Estado. Además, en principio, esta teoría no buscaba ninguna otra utilidad a la pena, sino solo castigar.¹²

Las teorías absolutas siempre intentarán responder la interrogante: ¿por qué castigar? Ante esta pregunta, la respuesta está dada de la siguiente manera: *punitur quia peccatum est*¹³ (punir porque es pecado). Por lo tanto, aquel que practica un crimen es visto como pecador, y al sufrir una sanción con una pena, esta tiene un aspecto purificador, puesto que borra la culpa del criminal, siendo un modo de obtener la redención por sus actos que representan pecados. Para Bitencourt, de cierta manera, en el régimen del Estado Absolutista era impuesta una pena a aquel que, actuando contra el soberano, se rebelaba también, en un sentido más figurado, contra el propio Dios.¹⁴ Complementando esta idea, Diego Zysman Quirós, citando a Laingui y Lebigre, afirma que «en la Edad Media, donde la infracción se distingue mal del pecado, la fórmula es simple, la pena debe hacer sufrir al culpable de la misma forma que el castigo divino se abatirá sobre el pecador».¹⁵

Los teóricos representativos de las teorías absolutas son Immanuel Kant (1724–1804) y George Wilhelm Friedrich Hegel (1770–1831). Para Kant, la persona que no cumple las disposiciones legales no es digna de la ciudadanía y el soberano tiene la obligación de castigarla de forma impiedosa.¹⁶ Norberto Bobbio, tratando sobre esta materia, afirma que Kant, partiendo de una concepción retributiva de la pena según la cual la función de la pena no es prevenir delitos, sino simplemente hacer justicia, tenía la intención de que hubiese una perfecta correspondencia entre el crimen y el castigo, haciendo que el concepto de justicia fuese analizado como una especie de igualdad, aquella

¹². Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 06.

¹³. *Ibid.*, 07.

¹⁴. César Bitencourt, *Tratado de Direito Penal...*, 82.

¹⁵. Diego Zysman Quirós. *Sociología del Castigo: genealogía de la determinación de la pena*. 1ª Ed. (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2013), 46.

¹⁶. César Bitencourt, *Tratado de Direito Penal...*, 84.

que los antiguos llamaban «igualdad correctiva».¹⁷ Kant, además, comulgaba con la Ley del Talión afirmando por ejemplo que, si una sociedad civil llegaba a disolverse con el consentimiento general de sus miembros, el último asesino que estuviera en la cárcel debía ser ejecutado antes de la disolución, a fin de que sufriese la pena que resultó del crimen que practicó y que el homicidio no viniera a recaer sobre el pueblo que dejó de imponer este castigo, puesto que podría ser considerado cómplice de esta violación de la Justicia.¹⁸ Así para él, la única finalidad de la pena era castigar al reo, por la razón de haber delinquido. Kant niega cualquier función preventiva de la pena, sea en la vertiente general o especial.

Para Hegel, el delito es la negación del derecho y la pena es la negación de la negación del derecho. Según Bitencourt, para Hegel, la pena encuentra su justificación en la necesidad de restablecimiento de la vigencia de la voluntad general, simbolizada en el orden jurídico, y que fue negada por la voluntad del delincuente.¹⁹ De esta manera, el delito, comprendido como la negación del derecho, es la manifestación de una voluntad irracional, representando esa común contradicción entre dos voluntades. Además, afirma Bitencourt, aceptando la idea que la pena venga a restablecer el orden jurídico violado por el delincuente, se debe aceptar también la idea que la pena no es solamente un mal que debe ser aplicado en virtud de la práctica anterior de otro mal, puesto que sería irracional, como afirmaba Hegel, causar un perjuicio simplemente porque existió un perjuicio anterior. De esta manera, la aplicación de la pena representaría el restablecimiento del orden jurídico roto en virtud de la práctica del crimen.²⁰

Como Kant, Hegel también atribuyó a la pena el contenido de la Ley del Talión, comprendiendo que ella debe ser aplicada «ojo por ojo y diente por diente». Sobre estos teóricos, Claus Roxin afirma que: «Sin embargo Hegel está totalmente de acuerdo con Kant, al reconocer tampoco metas preventivas como

¹⁷. Norberto Bobbio, *A era dos direitos*. 10ª Ed. COUTINHO, Carlos Nelson (Trad.). (Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004), 151.

¹⁸. César Bitencourt, *Tratado de Direito Penal...*, 86.

¹⁹. *Ibid.*

²⁰. *Ibid.*, 87.

intimidación y corrección como fines de la pena».²¹

Pero para Hegel la finalidad de la pena sería más que castigar, la pena es una lesión, o aún, la forma de compensar el delito y recuperar el equilibrio perdido ante de la práctica criminal. Según Bobbio, Hegel va más lejos, pues después de haber refutado el argumento contractualista de Cesar Beccaria, negando que el Estado pueda tener origen en un contrato, afirma que el delincuente no solamente debe ser sancionado con una pena que corresponda al crimen practicado, sino que tiene el derecho de ser castigado con la pena de muerte, pues solamente a través de la sanción tiene posibilidad de ser rescatado y reconocido como racional, y hasta honrado.²²

No obstante lo anterior, Ferrajoli afirma sobre las teorías absolutas que pueden mostrarse idóneas para justificar modelos no liberales del derecho penal máximo, puesto que son solidarias con concepciones jurídicos-sustanciales y de la verdad judicial, o con concepciones ético-formalistas del delito y de los poderes punitivo y prohibitivo.²³

Basados en esta teoría, hasta hoy los ordenamientos jurídicos afirman que la pena tiene como uno de sus fundamentos el castigo del delincuente, puesto que éste debe tener la retribución por el mal que realizó.

TEORÍAS RELATIVAS O PREVENTIVAS

Mientras las teorías absolutas atienden al pasado, sancionado una persona que había delinquido; las teorías preventivas consideran el futuro, o sea impidiendo que una persona vuelva a cometer delitos. Así, la pena ya no es más considerada como un fin en sí misma, sino un medio para la prevención de los delitos.²⁴ Incluso, la idea de venganza, como se expresa respecto al pasado, es considerada un acto contrario a la razón.²⁵

A diferencia de las teorías absolutas que plantean la interrogante: ¿por qué punir? Las teorías preventivas apuntan responder una otra pregunta: ¿para qué

²¹. Claus Roxin, *Derecho Penal – Parte General*. Diego Luzón et al (trad.). (Madrid: Editora Civitas, 1997), 83.

²². Norberto Bobbio, *A era dos direitos...*, 151.

²³. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...* 240.

²⁴. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 11.

²⁵. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...*, 242.

punir? Estas teorías se basan en la máxima *ne peccetur, o sea, punir para que no vuelva a delinquir*.

Las ideas de la prevención se desarrollaron en el periodo de la Ilustración, durante la transición entre el Estado Absolutista al Estado Liberal.²⁶ Según Ferrajoli, la función utilitaria de la pena vino a tornarse la base común de todo el pensamiento penal reformador, habiendo una reunión expresa con la doctrina de la separación entre derecho y moral.²⁷

Ludwig Feuerbach (1804-1872) estableció la división de las teorías preventivas en prevención general y prevención especial, estando la primera centrada en la sociedad, mientras que la prevención especial estaría centrada en el sujeto infractor.

TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

Las teorías de la prevención general tienen por objeto la sociedad, sin tener en consideración a la persona del delincuente. Ellas se dividen en prevención general negativa, o por intimidación, y prevención general positiva, también llamada integradora.

TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA O POR INTIMIDACIÓN

Las doctrinas de la prevención negativa son las únicas que no confunden programáticamente derecho con moral o con la naturaleza.²⁸ Eso ocurre porque tal teoría tiene por objeto el cuerpo social y no al delincuente. La prevención general negativa está bastante relacionada a las ideas de la ilustración, que confirman la separación entre derecho y moral, al contrario de las tesis absolutas.

Además la prevención negativa está basada en la intimidación de la sociedad, que puede ocurrir en razón de una condena sufrida por una persona que forma parte de la colectividad, o también, por medio de una amenaza de penas más graves contenidas en la ley, dirigida a la generalidad.

En Francia, en la época del Antiguo Régimen, la función de intimidación estaba presente en el momento de la ejecución de la pena puesto que ella era

²⁶. César Bitencourt, *Tratado de Direito Penal...*, 90.

²⁷. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...*, 242.

²⁸. *Ibid.*, 257.

pública y bastante aflictiva. Pero después de la teoría de la coacción psicológica creada por Feuerbach, el momento en que la pena intimidada fue desplazado hacia la conminación legal,²⁹ por medio de la pena en abstracto.

Bitencourt, haciendo un análisis acerca de la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach, considera la pena efectivamente como una amenaza de la ley a los ciudadanos, a fin de que se abstengan de cometer delitos.³⁰ Así, por medio de la pena, las personas no practicarían delitos, puesto que al ver que una persona es castigada, tendrían miedo de sufrir también la sanción. De esta forma, tal intimidación evitaría el fenómeno delictivo.

Sin embargo, esta teoría también presenta críticas. Primeramente, el delincuente es visto como un medio para obtener un fin útil³¹ que es intimidar la generalidad. Ocurre así que el delincuente es visto como una cosa, y no como una persona, lo que heriría su dignidad de persona humana. Además, está comprobado que la conminación abstracta de penas más severas en la ley o la aplicación de penas más rígidas en un caso concreto no impide la práctica delictiva de las demás personas porque quien quiere cometer un crimen, lo hace. No piensa en sus consecuencias, y por tanto, no piensa en la pena. Para Zysman Quirós, citando a Carrara; «Las penas nunca han llegado ni llegarán jamás a impedir que se delinca».³²

Para Ferrajoli, esta concepción que es dada a la pena puede legitimar intervenciones punitivas orientadas para una máxima severidad, despojadas de cualquier certeza y garantía, como la pena utilizada como ejemplo a las demás personas, y hasta la sanción de personas inocentes, estando esta teoría desvinculada de la culpabilidad y de la propia verificación de la existencia del crimen, de la misma forma como ocurre en el exterminio y en la represalia.³³

De este modo, la prevención general negativa puede llevar a fijar penas muy severas y contrarias a un Estado Democrático de Derecho.

²⁹. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 22.

³⁰. César Bitencourt, *Tratado de Direito Penal...*, 90.

³¹. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 25.

³². Diego Zysman. *Sociología del Castigo...*, 119.

³³. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...*, 257.

TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA O INTEGRADORA

Para Roxin, «el aspecto positivo de la prevención general comúnmente se busca en la conservación y el refuerzo de la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico»³⁴. De esta forma, esta teoría enfatiza la integración social, haciendo que las personas tengan más respeto y confianza en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, la sociedad debe estar de acuerdo con la pena que se aplica. Rivera Beiras, citando a Jakobs, afirma que «no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es más bien reafirmar la vigencia de la norma».³⁵

Rivera Beiras, citando a Hassemer, afirma que:

«Ya que el Derecho penal no actúa aisladamente, sino más bien dentro de un sistema penal total de control social (cuyo ámbito parcial formalizado es el Derecho Penal), una teoría jurídico penal de la prevención general tiene que considerar los efectos recíprocos entre Derecho penal y otras instancias de control (familia, ambiente profesional, escuela, etc.). Efectos saludables mediante el Derecho penal no son, pues, sólo la intimidación (de autores de cálculo racional), sino la influencia positiva a largo plazo de normas sociales; esta influencia se puede lograr, antes que con política de intimidación que tiende a la agravación, con una política de Derecho penal y procedimiento penal humano, de Estado de Derecho, que considere los derechos de los participantes».³⁶

Según la teoría integradora, los destinatarios de la norma no son los delincuentes, ni tampoco aquellos individuos que tienen la potencialidad para cometer delitos, sino todas las personas que componen la sociedad. Además, para Jakobs, solo secundariamente la pena tendría una finalidad intimidadora.³⁷

Rivera Beiras enumera las funciones que deben seguir la pena en virtud de la teoría de la prevención general positiva:

«Ratificar constantemente la efectiva vigencia del orden jurídico-penal;

³⁴. Claus Roxin, *Derecho Penal...*, 91; Gabriel Anitua, *Castigo, cárceles y controles* (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2014), 122-123.

³⁵. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 24.

³⁶. *Ibid.*, 29.

³⁷. *Ibid.*, 25.

reforzar así la confianza general en torno a la vigencia de las normas; fomentar los lazos de solidaridad social frente a los posibles infractores; afianzar la confianza institucional en el sistema, así como la fidelidad al ordenamiento jurídico».³⁸

Para Ferrajoli, la teoría de la integración confunde derecho y moral, al contrario de lo que ocurre con la teoría de la prevención general negativa.³⁹ Por eso, por medio de la integración social, hay un mayor refuerzo general de la fidelidad al Estado, promoviendo una uniformidad de conductas. Esta teoría también busca una mayor solidaridad entre las personas que componen un determinado cuerpo social.

Considerando los postulados de esta teoría, puede afirmarse que habiendo una mayor integración en la sociedad, el Estado podrá ejercer un mayor control sobre las personas, imponiendo un derecho penal máximo y tendencialmente ilimitado. En ese mismo sentido, Luigi Ferrajoli afirma que de forma efectiva esta doctrina, al reducir el individuo a la condición de «subsistema físico-psíquico», funcionalmente sometido a las exigencias del sistema social general, inevitablemente es solidaria con los modelos de Derecho penal máximo e ilimitado, que está programáticamente indiferente a la tutela de los derechos de la persona.⁴⁰

TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

Al contrario de las teorías de la prevención general, la prevención especial mira al autor de futuros delitos con la finalidad de que desista de practicarlos. Franz Von Liszt (1851-1919) fue el principal representante de estas teorías. Para este autor, citado por Claus Roxin, «la prevención especial puede actuar de tres formas: asegurando a la comunidad frente a los delincuentes, mediante el encierro de éstos, intimidando al autor, mediante la pena, para que no cometa futuros delitos, y preservándole la reincidencia mediante su corrección».⁴¹

Debe señalarse que la prevención especial no opera en el momento de la

³⁸. Ibid.

³⁹. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...*, 256.

⁴⁰. Ibid.

⁴¹. Claus Roxin, *Derecho Penal...*, 85-86.

conminación de la pena, como ocurre con la prevención general, sino que obra en el momento de la ejecución de la misma.⁴²

TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA

Esta teoría tuvo origen en el Programa de Marburgo de Von Liszt (1883), con el cual «surge la función de inocuización de la pena como internamiento asegurativo del transgresor incorregible».⁴³ De esta forma, tal teoría puede concretizarse de diversas maneras, por ejemplo, custodia en lugares separados, aislamiento, aniquilamiento físico, ciertos tipos de intervenciones quirúrgicas,⁴⁴ entre otras.⁴⁵

Según la teoría de la prevención especial negativa, la retirada momentánea de un delincuente de la sociedad va a evitar que este mismo delincuente vuelva a practicar otros delitos en esta misma sociedad. De este modo, sería una forma de eliminar o neutralizar al delincuente evitando que él ejecute futuros delitos.

Para Ferrajoli estas teorías representan claramente el resultado de una mezcla infeliz de las ideas de Lombroso, que tratan sobre el delincuente nato o natural, y sobre la natural desigualdad entre los hombres, con las ideas de Spencer, que analiza la sociedad como un organismo social, así como de Darwin, acerca de la selección y la lucha por la existencia, que al ser aplicadas a un organismo, hace que él tenga legitimidad para defenderse a sí mismo de las agresiones externas e internas por medio de prácticas socialmente profilácticas.⁴⁶

⁴². Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 11.

⁴³. *Ibid.*, 14.

⁴⁴. *Ibid.*

⁴⁵. Rivera Beiras afirma que tales respuestas punitivas también se articulan bajo la prevención especial negativa: «penas de muerte, penas y medidas de reclusión a la perpetuidad, cumplimiento íntegro de penas privativas de libertad (sin disfrute de beneficios de carácter penitenciario que reduzcan la permanencia en los institutos penales), determinadas modalidades “duras” de ejecución de penas privativas de libertad (aislamiento celular, planificación de cárceles de máxima seguridad, elaboración de “ficheros” de internos considerados como extremadamente peligrosos a quienes se les restringen las condiciones de vida penitenciarias, etc.), medidas de segregación por tiempo indeterminado y toda la gama de intervenciones de carácter médico-quirúrgico que incapaciten (total o parcialmente) determinadas aptitudes o “inclinaciones del transgresor”». Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 15.

⁴⁶. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...* 249.

Así, con la teoría de la prevención especial negativa surgió, nuevamente, la idea de que el delincuente es un sujeto enfermo y/o peligroso, necesitando de tratamiento el que consistiría en la segregación definitiva, eliminación o neutralización. De esta forma, los teóricos consideran que el delincuente debe ser sometido a una medida y no a una pena.

Frente a los avances de la criminalidad, esta teoría puede ser vista como una respuesta a los delincuentes de forma de eliminarlos de la sociedad o, por lo menos, neutralizarlos por un determinado tiempo, intentando dar a la sociedad un poco de tranquilidad. Pero, en la realidad, esto no ocurre, puesto que, dentro de las cárceles, los criminales hasta dirigen organizaciones, como el caso del traficante brasileño Fernandinho Beira-Mar, que fue encarcelado en el RDD (Régimen Disciplinar Diferenciado), una prisión de extrema seguridad en el Brasil, y continúa comandando el tráfico de drogas en el país.

TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

Esta teoría, aunque tiene como finalidad la prevención de delitos, al contrario de la teoría de la prevención especial negativa, se direcciona a la corrección del agente, de manera que no vuelva a delinquir. Se contempla a la pena como fin para integrar el sujeto a la sociedad, promoviendo y realizando su socialización o resocialización.

Von Liszt, en su programa de Marburgo, utilizó la palabra «corrección»⁴⁷ para hablar sobre la socialización o resocialización del criminal corregible. De esta forma, a aquellos delincuentes que tengan la posibilidad de resocialización, esta debe ser concebida como una oportunidad de volver a la sociedad, para integrarse a ella.

Esta teoría refleja una especie de crédito que el sistema penal confiere al criminal que ya haya cumplido su pena, es decir, sería una chance u oportunidad que se le da para que, por medio de su integración a la sociedad y poniéndose en situación de igualdad con los otros ciudadanos, pierda la voluntad de volver a delinquir.

La prevención especial positiva surgió en el período posterior a la 2ª Guerra Mundial, en que los Estados pasaron a intervenir con más frecuencia en la

⁴⁷. Claus Roxin, *Derecho Penal...* 86.

sociedad, creando el Estado de Bienestar Social. Según Roxin:

«En tanto la teoría preventiva especial sigue el principio de resocialización, que entre sus partidarios se encuentra hoy en primer plano, sus méritos teóricos y prácticos resultan evidentes. Cumple extraordinariamente a la protección del individuo y de la sociedad, pero al mismo tiempo quiere ayudar al autor, es decir, no expulsarlo ni marcarlo, sino integrarlo; con ello cumple mejor que cualquier otra doctrina las exigencias del Estado social. Al exigir un programa de ejecución que se asienta en el entrenamiento social y en un tratamiento de ayuda, posibilita reformas constructivas y evita la esterilidad práctica del principio de retribución».⁴⁸

CRÍTICAS A LAS TEORÍAS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

Las teorías de la prevención especial negativa y positiva caminan en conjunto, sin que una excluya a la otra, puesto que por medio de la resocialización del delincuente se evita su reincidencia. Por este motivo, las críticas se dirigen en contra de las dos, exponiendo algunos de sus problemas.

Las doctrinas de la prevención especial son producto de las ideas del consolidado Estado Liberal y también de concepciones totalitarias que surgieron a propósito de la crisis de aquel modelo de Estado.⁴⁹ Las tesis sobre prevención especial surgieron durante la segunda mitad del siglo XIX, cuando se desarrollaron las concepciones organicistas del cuerpo social, que consideraban a las personas como saludables o enfermas, con la finalidad de experimentar sobre ellas un análisis clínico y métodos terapéuticos de poder. Sin embargo, estas doctrinas no dicen tanto respecto a la conducta practicada por el agente, esto es, al crimen que cometió, sino a su persona, teniendo en consideración más sus características personales que el crimen por él realizado. Con esto, surgió un derecho penal del autor en detrimento del derecho penal del acto, siendo aquel la génesis de la concepción totalitarista y su derecho penal máximo e ilimitado.

Además, estas concepciones se caracterizan por su determinismo y pragmatismo, utilizando el derecho penal no solamente para prevenir delitos, sino también para transformar las mentalidades desviadas por medio de

⁴⁸. Ibid.

⁴⁹. Luigi Ferrajoli, *Direito e Razão...*, 246.

proyectos autoritarios de resocialización y así neutralizar o eliminar al delincuente con la finalidad de mejorar la sociedad. De esta forma, estas teorías pueden violar el principio de la dignidad de la persona humana, puesto que, al obligar a alguien a resocializarse, está impidiendo que ejerza su libertad y autonomía de conciencia.⁵⁰ Otro punto que puede ser considerado es que la pena nunca tuvo una función resocializadora, puesto que la cárcel funciona como una verdadera escuela del crimen, razón por la cual la única cosa que se puede intentar es que la cárcel no sea un lugar tan desocializante y deseducativo.⁵¹

LA CRISIS DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA

El modelo correccionalista perduró hasta la Segunda Guerra Mundial, mediante la dominación del totalitarismo y de su concepción autoritaria. Terminada la guerra, surgió un movimiento llamado Welfare State, o constitucionalismo social, producto de varias luchas sociales ocurridas a partir de la segunda mitad del siglo XIX, y fue marcado por un grande asistencialismo estatal.

Según Rivera Beiras:

«Las primeras formas del Welfare State presentarían ciertas características: el Estado empieza a ser más intervencionista en la regulación del mercado laboral; las huelgas, los sindicatos y la primera legislación social empiezan a ser entendidos como parte de la “cuestión social” que el Estado debe regular y “proteger”; la regulación del trabajo, los horarios, el descanso, las vacaciones, los derechos sociales incipientes, etc., marcaron así una forma de asistencialismo».⁵²

Durante el Welfare State entró en vigor la tesis de la resocialización del delincuente y hasta el final de la década de setenta, importantes informes como el Task Force on Correction (1967), concluyeron que la resocialización de los criminales era uno de los objetivos más prometedores para prevenir la práctica de futuros delitos. Según Zysman Quirós:

«Así pues se entendía que las violencias y falencias del sistema debían

⁵⁰. Ibid.

⁵¹. Ibid.

⁵². Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 313.

solucionarse con una firme adhesión a la resocialización como objetivo primordial, e incluso las críticas más radicales reconocían la legitimidad de esta finalidad al denunciar al sistema, únicamente, por el distanciamiento entre sus objetivos y sus prácticas». ⁵³

Sin embargo, poco tiempo después la resocialización pasó a ser desacreditada como medio para evitar la comisión de nuevos crímenes, demostrando la crisis de legitimación de un sistema penal que se aplicaba hacía más de un siglo.

Para Zysman Quirós, citando a Rotman:

«El criticismo sobre la resocialización recayó en cuatro amplias categorías, basadas en (1) abusos perpetrados en el nombre de la resocialización, sustentados en terapias intrusivas o en el encarcelamiento excesivamente prolongado bajo una determinación de la pena discrecional basada en consideraciones resocializadoras (2) demandas de castigos más severos, (3) teoría sociológica e investigación; y (4) la alegada falta de efectividad de los programas resocializadores». ⁵⁴

Además, el avance de la criminalidad desplazó la preocupación por el condenado hacia la víctima, reclamándose penas más severas.

Otra crítica surgió de los sectores liberales que afirmaban que, en la realidad, la resocialización «había permitido, de manera, incuestionable, abusos, la tergiversación de fines declamados, una importante afectación a la población más vulnerable y un extendido control social». ⁵⁵

Un punto que mencionar es que las luchas de la población afroamericana en favor de mayor igualdad de derechos, cuestionaron la autoridad estatal, revelando el racismo existente. Esto provocó varias revueltas urbanas contra la policía y otras expresiones del poder estatal.

Añadido a eso, la política del Welfare State empezó a dar señales de crisis ya que el Estado paternalista no estaba soportando el peso de mantener la mayor parte de la población bajo su protección. La primera señal de crisis ocurrió en el ámbito económico-fiscal, puesto que la crisis económica hizo que el Estado

⁵³. Diego Zysman. *Sociología del Castigo...*, 232.

⁵⁴. *Ibid.*, 237.

⁵⁵. *Ibid.*, 239.

Norteamericano no destinase más recursos a las causas sociales, como había hecho con anterioridad.

Con la crisis económica de la década del setenta del siglo pasado, cayó el mito de la rehabilitación de los condenados y con esto, entraron en vigor modelos de sentencias que tuvieron en consideración el costo de inversión estatal en el área criminal. Tales sentencias fueron llamadas *mandatory penalties*⁵⁶ y *guidelines sentences*.⁵⁷ Esta crisis también tuvo efectos en el ámbito penal, puesto que el Estado pasó a disminuir los valores de inversión en dicha área.

Ante ese escenario, hubo muchas críticas a la política resocializadora afirmando que ella era indulgente con los delincuentes en detrimento de los ciudadanos, víctimas de los crímenes, realzando su figura para justificar un mayor ejercicio punitivo.⁵⁸ Para Roth Jr., citado por Zysman Quirós, «durante demasiado tiempo, la ley ha centrado su atención en los derechos del delincuente defendido, no en la víctima del delito. Es tiempo de que la ley se preocupe más de los derechos de la gente para cuya protección ella existe».⁵⁹

Otra crítica surgió del ex presidente norteamericano Richard Nixon, que estaba en desacuerdo con la idea de que la sociedad sería la responsable por los crímenes ejecutados por los delincuentes, siendo la sociedad solamente responsable si no llevase al criminal ante la Justicia.

En el año de 1974, Robert Martinson escribió el artículo «*What works? – questions and answers about prison reform*». Este artículo representó una importante crítica al ideal resocializador de la pena. Martinson se concentró en la reincidencia, puesto que por medio de esta se demostraba que la pena estaba

⁵⁶. Según Rivera Beiras, era un tipo de legislación (obligatoria) para los jueces de sentencia, por la cual se establece que un condenado habrá de pasar un mínimo de algunos años privado de libertad. También han sido conocidas con la denominación de mandatory minimus. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 319.

⁵⁷. Para el mismo autor, las guidelines sentences son guías penales de determinación aritmética de la penalidad a imponer en el caso concreto. A través de unas operaciones que de manera vertical y horizontal se verifican sobre una tabla que indica en sus casillas los meses de prisión a imponer, el juez va “subiendo” o “bajando” – de manera obligatoria – por las casillas hasta que encuadre el caso según dos variables: el historial delictivo del infractor y la gravedad del delito. El resultado le indicará la pena a imponer. Ídem.

⁵⁸. Diego Zysman. *Sociología del Castigo...*, 252.

⁵⁹. *Ibid.*, 251.

fallando en su papel resocializador. Así, afirmaba que: «con pocas y aisladas excepciones, los esfuerzos resocializadores que han sido reportados hasta aquí, no han tenido efecto apreciable en la reiteración delictiva».⁶⁰ Martinson cerraba su artículo con la frase «*nothing works*», que pasó a ser el eslogan de la época.

Sin embargo, él no imaginaba que utilizarían su teoría para fundamentar una mayor rigurosidad en las penas, incluso el uso de la pena de muerte. Posteriormente, él intentó volver atrás en sus conclusiones, afirmando que existían programas de tratamiento que tenían un buen efecto para evitar la reincidencia, pero nadie le dio atención, puesto que el «*nothing works*» ya estaba completamente instalado en la mente de las personas que creían que la resocialización no produciría sobre el delincuente efectos futuros.

POLÍTICAS ACTUARIALES

Ante la crisis de la resocialización fueron surgiendo mecanismos para intentar evitar la comisión de crímenes. Primeramente, los condenados fueron considerados una clase peligrosa, sin productividad y, con eso, fueron pronunciadas sentencias que no tomaban en consideración las características personales del criminal. Esto representaba una tentativa de despersonalizar el individuo, tratándole solamente como un objeto del sistema penitenciario.

Con el aumento de la criminalidad surgió la industria del control del delito, industria que contaba con mucho potencial, puesto que, dado que las infracciones penales siempre sucederán y no se pueden medir, y por tanto, siempre alguien cometerá un delito, siempre habrá alguien que trabajará para impedir su práctica. De esta forma, la práctica de delitos garantiza el empleo de muchas personas, ya sea en la función pública, o bien, en el ámbito privado, pues siempre habrá alguien dispuesto a pagar por su seguridad.⁶¹ Se puede ver, por ejemplo, que el sistema penal estadounidense emplea más personas que las verdaderas empresas. Para Nils Christie, se estima que «esta industria cumple con tareas de limpieza, al extraer del sistema social elementos no deseados».⁶²

⁶⁰. Ibid., 256.

⁶¹. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 320.

⁶². Nils Christie, *La industria del control del delito - ¿La nueva forma de holocausto?* (Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1993), 21.

Otro punto es que para contener el avance de la criminalidad esta industria del control utiliza la inteligencia para crear otros mecanismos de dominación que van a actuar sobre aquellos que ya se encuentran detenidos.⁶³

La industria del control del delito también propició el surgimiento de las *broken windows*, «por las cuales se estableció que hasta las más mínimas infracciones o incluso meras sospechas, debían ser drásticamente perseguidas - y detenidas – para evitar que el delito vaya a más».⁶⁴ En 1993, Rudolf Giuliani en Nueva York, creó la política de la Tolerancia Cero (*Zero Tolerance*), que pregona la intolerancia o falta de tolerancia en relación a algunos grupos, como los ebrios, los grafiteros, las prostitutas, aquellos que practicaban pequeños hurtos, la medicación, entre otros. Su intención era combatir la pobreza, puesto que la mayoría de las personas que practicaban delitos eran pobres. Era una forma de barrer con la pobreza de la sociedad, protegiendo a las capas más ricas de la inseguridad.

De esta forma, la política del *Welfare State* fue liquidada por políticas criminales altamente represivas, desarrollando la construcción de la criminología de la intolerancia.⁶⁵ Es interesante subrayar que este modelo de sistema penal fue exportado hacia Europa por Gran Bretaña, con la llamada «cultura de emergencia», utilizada con la finalidad de combatir, especialmente, el terrorismo durante un determinado período de emergencia. Sin embargo, posteriormente, esta cultura fue llevada a otros ámbitos de la esfera penal y aplicada a otras personas que no encajaban en el concepto de terrorista. Silvera Gorski citado por Rivera Beiras afirma que:

⁶³. «(...) esposas con protección para las muñecas y armas de asalto, cerrojos y rejas irrompibles, muebles para celdas con literas ignífugas, retretes de una sola pieza, elementos cosméticos y alimentarlos, sillas de inmovilización, uniformes de extracción (para sacar de las celdas a los presos más resistentes), cinturones electrificados de descarga mortal, programas de desintoxicación para toxicómanos, sistema de vigilancia electrónica y de telefonía de última generación, tecnologías de detección o identificación, programas informáticos para el tratamiento de datos administrativos, sistemas de purificación de aires antituberculosis, celdas desmontables (que se puede instalar en un día en una área de estacionamiento para absorber una masiva llegada de detenidos), cárceles llave en mano y hasta un camión quirófano para operaciones de urgencia en el patio del penal». Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 322.

⁶⁴. Ibid.

⁶⁵. Ibid., 323.

«La emergencia ha sido conceptualizada como un conjunto de medidas que se caracterizaron por: a) fundamentarse en la urgencia y la excepción; b) crear tensión social y activar el sentido autoritario de la sensibilidad social; c) la puesta en práctica de medidas restrictivas e incluso represivas, que quiebran derechos e garantías fundamentales; y d) alterar sin suprimir principios básicos del orden constitucional».⁶⁶

El fin del *Welfare State* y el surgimiento de la cultura de emergencia hicieron aflorar una sociedad de riesgo, que «se organizaba alrededor del concepto de riesgo y gestiona sus conflictos en términos discursivos y tecnológicos igualmente de riesgo».⁶⁷ Este riesgo surgió en razón de las catástrofes ecológicas, de las crisis económicas, de la falencia del Estado de bienestar, de la legitimidad del sistema político del Estado de Derecho, provocando en las personas una obsesión por la seguridad.⁶⁸

Si bien cada persona puede tratar el riesgo de una determinada manera, estos riesgos son en su mayoría invisibles y de consecuencias que no se puede calcular, por lo que se hace necesaria la existencia de posiciones sociopolíticas clave.⁶⁹ La incertidumbre hace que la sociedad se cierre de manera a considerar el individuo como un ente aislado y sin vínculos. Así, los problemas que antes pertenecían a la sociedad, ahora pertenecen solamente al individuo. O sea, la incertidumbre crea el riesgo. Para Rivera Beiras:

«Esto va acompañado de una “muerte social” como consecuencia del exacerbado individualismo que debilita la sociedad en su conjunto como lugar de solución de conflictos. En el ámbito político, se produce una pérdida de interés por la cohesión social general, que provoca un debilitamiento de la esfera pública, minando, así, el propio sistema democrático».⁷⁰

Maurício Dieter concibe a la política actuarial como el uso preferencial de

⁶⁶. Ibid., 327.

⁶⁷. Ibid., 331.

⁶⁸. Ibid.

⁶⁹. Ibid., 332.

⁷⁰. Ibid., 334.

la lógica actuarial en la fundamentación teórica y práctica de los procesos de criminalización secundaria para fines de control de grupos sociales considerados de alto riesgo o peligrosos mediante la incapacitación selectiva de sus miembros.⁷¹ De esta manera, la finalidad de la política actuarial no es detener más, sino detener mejor.⁷²

Por lo tanto, el actuarialismo es una herramienta del gobierno que está de acuerdo con la política mercantilista y neoliberal de la post modernidad. Tiene como función la gestión actuarial del riesgo y está bastante vinculada a los ataques neoliberales contra el Estado del bienestar keynesiano⁷³. Para el actuarialismo, el riesgo es resultado no de factores concretos que proceden de determinados grupos o personas, sino de datos abstractos o factores que tornan probables la materialización de comportamientos indeseables.⁷⁴ De este modo, la política actuarial, en la medida que promueve el ideal de eficiencia en el Estado moderno, defiende la superioridad de los bienes colectivos sobre los derechos individuales y desafía la utilidad de criterios morales en el sistema punitivo.⁷⁵

Es importante destacar que la criminología actuarial o gerencial (aunque no sean palabras sinónimas) surgió en la década de los ochenta del siglo XX, pero solamente en la década de los noventa del citado siglo sus técnicas tuvieron más visibilidad en el control de los delitos. Ella rechaza la política del Welfare State, con su esquema de resocialización o rehabilitación del delincuente para evitar que venga a practicar crímenes en el futuro, o sea, un modelo preventivo, «por un modelo que representa una nueva racionalidad penal fruto del auge del neoconservadurismo o de la nueva derecha en los países occidentales – sobre todo en los anglosajones».⁷⁶ El modelo actuarial no ve en la sociedad las causas de la delincuencia. Así, solamente el individuo puede ser responsabilizado por sus actos.

De esta forma, la política actuarial no posee como fundamento el principio de la culpabilidad puesto que no atiende una situación en concreto, sino se

⁷¹. Maurício Dieter, *Política Criminal Atuarial – A criminologia do fim da história* (São Paulo: Revan, 2013), 20.

⁷². Ibid., 214.

⁷³. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 334.

⁷⁴. Ibid., 335.

⁷⁵. Maurício Dieter, *Política Criminal...*, 160.

⁷⁶. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 335.

dirige a situaciones abstractas, basadas en un riesgo y en la probabilidad de que alguien, perteneciente a determinado grupo de riesgo, cometa algún delito. Según Rivera Beiras:

«Ello provoca un enturbiamiento o debilitamiento de la identidad del delincuente, que ya no va a ser solo aquel que realiza una conducta tipificada por las leyes como delito. Delincuencia es una categoría más amplia que incluye elementos de riesgo haciendo borroso a su contenido».⁷⁷

Y finaliza el autor, citando a Lea, que «la criminalización es simplemente una táctica para tratar con los grupos que constituyen riesgos u obstrucciones».⁷⁸

A pesar de que los defensores de la política actuarial afirmaron que sus métodos no generan la posibilidad de discriminación entre los grupos sociales, en realidad, puede afirmarse que esta política tiene como fundamento indicar cuáles son los grupos de riesgo. Por supuesto habrá una clasificación de los grupos de acuerdo con el riesgo que representen, y en consecuencia, ocurrirá un aumento de prejuicio entre las clases, puesto que una persona será considerada peligrosa simplemente por pertenecer a un determinado grupo considerado de riesgo, sin tener en consideración sus calidades como persona. De esta forma habrá mayor discriminación entre las personas, lo que puede causar mayor inestabilidad social.

Por lo tanto, la política actuarial es una forma empleada por el gobierno para manejar a las poblaciones pobres que son consideradas de riesgo. No tiene como finalidad la reeducación o resocialización de los delincuentes, sino solamente los tolera, para minimizar los daños que puedan causar a la sociedad.

Así, se construye una sociedad del control, en la que no se busca mejorar a los criminales, sino solamente controlar las personas que tengan la posibilidad de volver a delinquir, estableciendo límites, casi siempre físicos, poniendo a las personas bajo vigilancia, independientemente de que hayan cometido delitos o no. Según O'Malley citado por Rivera Beiras, «el poder actuarial avanza por todos los campos sociales y reemplaza la ciudad punitiva por la sociedad de riesgo»,⁷⁹

⁷⁷. Ibid., 341.

⁷⁸. Ibid.

⁷⁹. Ibid., 343.

porque la sociedad para la cual la resocialización fue creada desapareció con el Estado de bienestar social.

Son teóricos del actuarialismo Malcom Feeley y Jonathan Simon, que lo llamaron *new penology*. Esta denominación fue aplicada puesto que las bases del actuarialismo son bastante diversas de la teoría de la pena desarrollada en el siglo XX, conforme ya fuera señalado. Para estos autores, la nueva teoría es una que no está orientada a los individuos, pues no tiene la finalidad de cambiarlos por medio de la resocialización de la pena, sino que se basa en la organización de poblaciones agregadas.⁸⁰ Y complementan que «esta nueva política penal no se ocupa del castigo ni de la rehabilitación de individuos culpables. Lo que hace, en cambio, es identificar y organizar grupos indisciplinados».⁸¹

El actuarialismo pretende librarse de las reglas y principios del derecho penal y utilizar cada vez más las estadísticas para controlar la criminalidad y seleccionar los individuos. Las leyes del terror, entre ellas, la ley de los three strikes de 1994,⁸² contribuyeron a que hubiese una mayor rigurosidad en el sistema penal. Esto sumado a la disminución de la discrecionalidad de los agentes del sistema penitenciario en cuanto a la selectividad de las personas que debían ingresar a las cárceles, que también contribuyó al establecimiento de las políticas gerencialistas.⁸³

Como ejemplo de política actuarial, puede afirmarse el caso de los delincuentes sexuales en Estados Unidos que podrán tener sus nombres publicados en diversos medios de comunicación, como internet, periódicos, etc. Otro ejemplo es el caso de las personas que habían sufrido condenas por malos tratos a sus parejas en España. En los dos casos, la divulgación sirve para evitar que los infractores vuelvan a delinquir. Para Iñaki Rivera Beiras: «El papel

⁸⁰. Nils Christie, *La industria...*, 170.

⁸¹. *Ibid.*, 171.

⁸². Establecía que los individuos con previas condenas por crímenes más graves, debían tener como pena mínima el doble de lo previsto para el tipo legal conminado. En seguida, cualquier persona con dos o más episodios de reincidencia específica, debe tener la pena del nuevo crimen multiplicada por tres, desde que oscile entre el mínimo de 25 años y la prisión perpetua. Resáltese que el condenado no tendría cualquier beneficio que lo condujese a la libertad. Maurício Dieter, *Política Criminal...*, 103.

⁸³. *Ibid.*, 127-128.

de los medios de comunicación para crear una opinión pública temerosa de la delincuencia es de vital importancia en el desarrollo de un sistema de justicia penal basado en principios actuariales o gerenciales». ⁸⁴ Otro caso ocurrió en Honduras con la ley llamada Antimaras por los periódicos, la cual prevé la retención de 4 a 12 años de aquellas personas cometan delitos. ⁸⁵ En este caso, basta pertenecer a un determinado grupo considerado de riesgo para sufrir la condena, independientemente de su práctica en efectivo.

«Las estrategias de control radican, en suma, en la gestión de determinados grupos, de determinadas categorías de sujetos hacia los cuales se dirige la vigilancia, la “incapacitación” y la intimidación. El individuo, el sujeto desviado como “caso” sólo tiene relevancia en cuanto sea posible clasificarlos en una categoría, sobre la base de una valoración probabilística y estadística del riesgo. A las estructuras de control les quedan funciones de vigilancia masiva, de gestión del ambiente físico y de intervención, o “manejo” sólo sobre los comportamientos que se produzcan determinados contextos de interacción de “riesgo”». ⁸⁶

El campo preferencial de actuación de la lógica actuarial es la ejecución penal en donde cumple la misión fundamental de clasificar los condenados como de alto o bajo riesgo, con la finalidad de atender, a su modo, al principio de la individualización de la pena privativa de libertad. Posteriormente los pronósticos de riesgo también se hacen presentes en el final de la ejecución institucionalizada de la pena, al ajustar el grado de supervisión al cual estarán sometidos los presos después que salgan de la cárcel. ⁸⁷

En Brasil, un ejemplo de política actuarial fue adoptado inicialmente por medio de la Resolución 26 de 2001, en que la Secretaría de Administración Penitenciaria de la provincia de Sao Paulo, sin conseguir a través de dispositivos legales combatir la criminalidad organizada, creó un régimen llamado Régimen

⁸⁴. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 344.

⁸⁵. Gabriel Anitua, *Castigo*, 122-123.

⁸⁶. Gabriel Anitua, *Historia de los pensamientos criminológicos* (Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2014), 558.

⁸⁷. Maurício Dieter, *Política Criminal...*, 120.

Disciplinar Diferenciado (RDD),⁸⁸ considerado un «ultra régimen», que tiene como finalidad la detención con fines de neutralización de los criminales considerados de alta peligrosidad. La cuestión es que, el RDD fue creado por un acto de un órgano administrativo, y en Brasil rige el principio de la legalidad en materia de derecho penal, en que los crímenes, penas y todo lo que trate acerca de esta materia solamente pueden ser establecidos a través de leyes. No obstante, para poder sacar el RDD de la ilegalidad, la Ley de Ejecuciones Penales (Ley 7.210/84) fue alterada en el año 2003, por la Ley 10.792. Y de esta manera, el Régimen Disciplinar Diferenciado pudo ser aplicado en todo el país.

Según el artículo 52 de la Ley de Ejecuciones Penales brasileña, puede ser sometido al RDD los presos provisorios o definitivos que ocasionen subversión del orden o disciplina internas. Además, en el párrafo primero del mismo artículo, está determinado que el RDD también puede aplicarse a los detenidos brasileños o extranjeros, provisorios o definitivos, que representen un alto riesgo a la orden y a la seguridad del establecimiento penal o de la sociedad. Finalmente, el segundo párrafo del artículo 52 afirma que estarán sometido al RDD los detenidos provisorios o definitivos sobre los cuales recaigan fundadas sospechas de participación, de cualquier manera, en organizaciones criminales.

Con relación al RDD hay muchas discusiones sobre su inconstitucionalidad en la doctrina penal brasileña, puesto que las disposiciones de la Ley de Ejecución Penal que tratan sobre tal régimen están llenas de expresiones vagas, por ejemplo, no se da la definición de lo que sea «subversión del orden o disciplina internas», ni también como sería calculado «el alto riesgo a la seguridad del establecimiento o de la sociedad». Estas expresiones permiten muchas interpretaciones e implica que la determinación de la inhabilitación de un determinado grupo de personas que esté detenido, sea en base a criterios subjetivos que dependerán del juez responsable del caso concreto.

Lo anterior afecta también el principio de la presunción de inocencia, dispuesto en el artículo 5, LVII de la Constitución Federal de 1988, que afirma

⁸⁸. Según el artículo 52 de la Ley de Ejecución Penal brasileña, son características del RDD: duración máxima de 360 días, sin perjuicio de repetición de la sanción por nueva falta grave de misma especie, hasta el límite de 1/6 de la pena aplicada; recogimiento en celda individual; visita semanal de dos personas, sin contar las crianzas; el preso tendrá derecho a la salida de la celda por dos horas diarias para baño de sol.

que nadie será considerado culpable antes de la sentencia definitiva, pues se establece que hasta los detenidos sospechosos pueden ser puestos en el RDD. De este modo, según Anitua, «la cárcel sobrevive hoy como un lugar que reduce riesgos, como una cárcel de vigilancia para que nadie salga de su sitio».⁸⁹ Así, la cárcel de máxima seguridad reafirma sin pudor la función excluyente que siempre ha tenido la prisión, sirviendo la inhabilitación como el real fin de la pena.⁹⁰

CONCLUSIONES

Según Jakobs, «la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma».⁹¹ Así, la pena puede ser conceptualizada como la respuesta estatal a alguien que ejecuta una infracción penal. Cabe hacer notar que la idea de pena está íntimamente relacionada con la idea de Estado, puesto que la evolución de los sistemas políticos y económicos estatales provocó también un cambio en las penas.

Las penas poseen fundamentos, justificados por teorías absolutas y relativas, que demuestran la finalidad que ella tuvo en determinado período. Según la teoría absoluta, también llamada retribucionista, la única finalidad de la pena es castigar al delincuente. Así se justifica la aplicación de penas crueles que servían para infligir al condenado el dolor por haber ejecutado un crimen y, por sobre todo, por afrentar a la figura del rey, que era el representante absoluto del Estado y de la ley.

Mientras las teorías absolutas miran el pasado, las teorías preventivas observan el futuro, puesto que tienen por finalidad la prevención de delitos. Ellas se dividen en teoría preventiva general, que está dirigida a la sociedad, y teoría preventiva especial, que se dirige al delincuente. Al contrario de la teoría absoluta, las teorías preventivas afirman que la finalidad de la pena no es castigar, empero evitar la práctica de delitos, sea infligiendo miedo sobre la población (general negativa) o bien, creando en ella mayor respeto y confianza en el ordenamiento jurídico (general positiva). La prevención también puede ser un medio de evitar

⁸⁹. Gabriel Anitua, *Historia de los pensamientos...*, 560.

⁹⁰. Ibid.

⁹¹. Iñaki Rivera, *La cuestión carcelaria...*, 03.

la reincidencia del delincuente (especial negativa) o bien, estar destinada a la resocialización y rehabilitación del criminal (especial positiva).

Después de la Segunda Guerra Mundial surgió la política del *Welfare State*, que pregonaba el asistencialismo y puso a la resocialización como la forma más prometedora de prevención de delitos. La cuestión es que poco tiempo después, la resocialización pasó a ser desacreditada como medio para evitar la comisión de crímenes futuros. Además, el avance de la criminalidad quitó el foco de la persona del condenado, centrando la atención en la persona de la víctima, siendo esta la verdadera destinataria de la protección legal. Añadido a eso, el Estado de bienestar dio señales de crisis, puesto que el asistencialismo no conseguía mantener la mayoría de la población bajo su protección. Así, con la crisis económica, cayó el mito de la rehabilitación y el Estado cortó significativamente las inversiones hechas en el área penal.

En el año de 1974, Richard Martinson escribió el artículo «What works? – questions and answers about prison reform». En él, el autor demostró que en virtud de los altos índices de reincidencia, la pena había fallado en su papel de rehabilitar el delincuente. A partir de eso, los Estados pasaron a crear mecanismos para intentar contener la criminalidad, los que afectaban el principio de la dignidad de la persona humana, puesto que creaban estereotipos, definiendo quién tenía más probabilidad de delinquir. El simple hecho de pertenecer a un determinado grupo implicaba que una persona pudiera delinquir. Así fue creada la llamada sociedad del riesgo, en que el Estado debe dar un tratamiento más severo a aquellos que sean considerados peligrosos.

De esta forma, surge el actuarialismo como una respuesta de la política mercantilista y neoliberal de la post modernidad. Así, con la ruptura de la política del bienestar social, surge la necesidad de imponer una otra forma de control estatal sobre las personas, y la creación de la política actuarial sirve a esos designios, intentando controlar a las poblaciones más pobres. Tal política no tiene la finalidad de rehabilitar el delincuente, sino solamente manejarlo, con el intento de que no vuelva a cometer delitos. En realidad, el actuarialismo funciona como una forma de aumentar aún más las diferencias y desigualdades sociales, generando el prejuicio de clases y haciendo que los individuos se aislen más en busca de seguridad.

Es importante destacar que la política actuarialista fue creada y aplicada inicialmente en Estados Unidos, para migrar luego a Europa con el fin de

contener los avances del terrorismo. Además, pasó a ser adoptada en países de América Latina, como en Brasil, con el Régimen Disciplinar Diferenciado (RDD). Dicho régimen puede ser impuesto a los detenidos provisorios o definitivos considerados peligrosos. El problema que surge es que el concepto de peligrosidad es algo bastante subjetivo, y a través de este «ultra régimen» hay una gran probabilidad de que determinados grupos de personas, considerado de riesgo, sufra este castigo que tiene por finalidad principal neutralizar a los criminales, intentando impedir que ellos continúen cometiendo delitos. La cuestión es que, si el concepto de peligrosidad es algo permanente, tales criminales son considerados incorregibles, siendo para ellos la respuesta estatal es mucho más rigurosa sin importar que su dignidad de persona humana sea garantizada.